Journal of Fiqh and Usul
Vol. 52, No. 2, Issue 121
Summer 2020
سال پنجاه و دوم، شماره ۲، شمارهٔ پیاپی ۱۲۱
تابستان ۱۳۹۹، ص ۹۷-۷۳
DOI: https:،،doi.org،10.22067،jfu.v52i2.65727

بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و فقهی (امامیه و عامه)*

دکتر صدیقه سادات فقیه [1]
استادیار دانشگاه پیام نور تهران
Email: faqih.sediqe@gmail.com
دکتر حسین ناصری مقدم
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: naseri1962@um.ac.ir
دکتر علی اصغر ابوالحسنی
دانشیار دانشگاه پیام نور تهران
Email: abolhasani2003@yahoo.com

چکیده

از منظر فقه مدنی، «امین» جز در صورت تعدی یا تفریط، ضامن هیچ گونه خسارتی نیست. اما آیا می‌توان با شرط ضمن عقد، امین را حتی در صورت عدم افراط و تفریط، ضامن دانست؟ این مسئله از مسائل اختلافی و مسبوق به پیشینه در فقه اسلامی است و جنبه‌ای که آن را روزآمد می‌سازد، تحلیل این مسئله در «عقود مشارکتی بانکی از جمله قرارداد مضاربه» است. اکثریت قریب به اتفاق فقیهان شیعه و اهل‌سنت، اشتراط ضمان امین را به صورت «شرط نتیجه» به دلیل مخالفت با اقتضای ذات عقد و نیز منافات با اقتضای امانت، مالکیت و نیابت عقد مضاربه، «باطل و مبطل» می‌دانند. اندکی که به صحت «شرط فعل ضمان»، فتوا داده‌اند، شرط مذکور را «وعده‌ای» به حساب آورده‌اند که صرفاً موجد «حکم تکلیفی محض» بوده و قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» را ندارد. به نظر می‌رسد مستندات قائلان به صحت شرط مزبور، از اتقان برخوردار نیستند و مستندات مخالفان مانند اطلاق «صحیحة محمد بن قیس» که اشتراط ضمان تاجر را عامل «انقلاب ماهیت» مضاربه به عقد قرض ربوی معرفی می‌کند، راجح‌اند. هر چند قانون‌گذار ایران نیز، همین دیدگاه را در ماده ۵۵۸ قانون مدنی پذیرفته است اما ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی قانون بانکداری بدون ربا مصوب ۶۲، ضمان امین را تجویز نموده است که نیازمند اصلاح است. این تحقیق بر اساس روش توصیفی و تحلیلی و بهره‌گیری از ابزار گردآوری اسنادی سامان یافته است. رویکرد اصلی مقاله، فقهی است ولی به جهت نیاز به تحلیل قوانین مرتبط کشور، مسئله از منظر حقوقی نیز مورد واکاوی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: شرط ضمان امین، عقود مشارکتی بانکی، عقد مضاربه، ماده ۵۵۸ قانون مدنی.

---

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول:۱۳۹۶/۰۴/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۷/۰۵/۱۰.
۱ . نویسنده مسئول

Investigating the Possibility of Stipulation of the Trustee's Liability in the Mudarabah Contract and Banking Profit and Loss Sharing Contracts from a Legal and Jurisprudential Perspective (Imamia and Sunni)

Sediqe Sadat Faqih, Ph.D. Assistant Professor, Payame Nour University of Tehran (corresponding author)

Hossein Naseri Moghaddam, Ph.D. Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Ali Asghar Abolhasani, Ph.D. Associate Professor, Payame Nour University of Tehran

Abstract

From the perspective of civil jurisprudence, the trustee is not liable for any damages unless in case of excessive use or failure of due care. However, a question arises whether a trustee may be liable, by inserting a condition, even in the absence of excessive use or failure of due care? This is a controversial precedented issue in the Islamic jurisprudence and the aspect which makes it up-to-date is its analysis in "banking profit and loss sharing contracts including Mudarabah". The vast majority of Shiite and Sunni jurists consider the stipulation of the trustee's liability in the form of a "corollary condition" as "null and void and invalidating" due to its being against the requirements of contract and its contradiction with the requirements of trust, ownership and representation of Mudarabah. The few jurists, under whose fatwa liability in the form of condition about performance is valid, consider this condition as a promise which merely creates a "pure imperative rule" and is not capable of creating "the positive rule of liability". It appears that the evidence of those who consider this condition as valid are not convincing and the evidence of opponents such as the absoluteness of "Sahiha of Mohammad ibn Ghais" which declares the stipulation of merchant's liability as the cause of the "transformation of Mudaraba nature" into usurious loan, are preferable. Although the Iranian legislator has also accepted this opinion in article 558 of the Civil Code, article 12 of the Executive Directive of Usury-Free Banking Act passed in 1984, has permitted the trustee's liability which needs amendment. This research is based on a descriptive-analytical method and the use of documentary collection tools. The main approach of this paper is jurisprudential; however, given the need to analyze the relevant Iranian laws, the issue has been studied from a legal perspective as well.

Keywords: stipulation of trustee's liability, banking profit and loss sharing contracts, Mudarabah contract, article 558 of the Civil Code.

مقدمه

طبق قوانین حاکم بر عقود امانی همانند مضاربه در فقه و حقوق ایران، «امین»، ضامن هیچ‌گونه خسارتی نیست مگر درصورت اقدام به «تعدی و تفریط» و صحت «شرط ضمان امین» در صورت عدم تحقق تعدی و تفریط، امری اختلافی است. به عنوان نمونه در عقد مضاربه، چند نظریه ابراز شده است:

یک. «مشهور» فقیهان قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و آن را «خلاف مقتضای ذات عقد» دانسته و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب «شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌دانند.

دو. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضای اطلاق عقد» بودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطلان» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده و عده‌ای دیگر نیز به «صحت شرط» و «بطلان عقد مضاربه» و نیز «انقلاب ماهیت مضاربه» به «عقد قرض» و در نتیجه «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل به دلیل «ربوی» گردیدن آن، در صورت اشتراط ضمان عامل در هر دو قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»، حکم داده‌اند.

سه. اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» شده‌اند، اما استدلال‌های آنان از تحلیل برخی از دلایل اصلی بطلان شرط ضمان از جمله «صحیحة محمد بن قیس» تهی می‌باشد، و نیز سایر دلایل مطروحه توسط ایشان نیز مورد مناقشة اساسیِ سایر علما قرار گرفته است.

بررسی حداقل ده مقالة نوشته شده در سال‌های اخیر[1] درخصوص شرط ضمان امین در عقود امانی و مشارکتی، نشان‌گر تکرار دلایل مطروحه در فتاوای فقیهان موافق شرط ضمان از جمله «محمدکاظم طباطبایی یزدی» است که از قائلان به صحت شرط ضمان به استناد کتاب «العروه»، محسوب می‌شود (العروة الوثقی، ۲/ ٦۰۰ و ٦٤٦) ظاهر کلام ایشان در کتاب «العروه»، حکم به صحت اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» می‌باشد، هرچند هیچ‌یک از حاشیه‌نویسان این کتاب قائل به این حکم نبوده‌اند (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۱؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۷۲)؛ قابل توجه اینکه این عالم بزرگ در کتاب «حاشیه‌المکاسب»، صراحتاً به بطلان «شرط نتیجه ضمان امین» حکم کرده و تنها به صحت «شرط فعل ضمان» فتوا داده است (یزدی، حاشیة المکاسب، ۲/ ۱۱۵). براساس رویکرد اخیر، نتیجة شرط فعل ضمان، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا به‌نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهدة مضارب نخواهد بود و این نظر با دیدگاه قانونگذار قانون مدنی در تقنین بند دوم

۱ – صادقی (۱۳۷۲)، صفار (۱۳۷۷)، رستگار جویباری (۱۳۸٦)، باقری (۱۳۸۷)، باریکلو (۱۳۸٤)، کاشانی (۱۳۸٤)، خرازی (۱۳۸۵)، علوی (۱۳۸۸)، باریکلو (۱۳۸۹)، محبوبی (۱۳۹۲)، نظرپور (۱۳۹۲)

ماده ٥٥٨ قانون مدنی هماهنگ است لکن برداشت های متناقضی از آن در جامعـه حقـوق دانـان صـورت گرفته و این استنباط، مرجع تصویب آیین نامه ها و دستورالعمل هایی در حوزه نظام بانکی واقع گردیده کـه «حکم وضعی ضمان» را بر عامل مضاربه جایز شمرده است.

متن اصلی پژوهش حاضر دربرگیرنده دو بخش است؛ بخش اول درخصوص مقررات مربوط به شـرط ضمان امین در قوانین ایران، فقه امامیه و عامه است و بخش دوم به ارائه دلایل بطلان شـرط ضـمان امـین و نقد و بررسی استدلالات موافقان و مخالفان شرط مذکور پرداخته و عبارت اسـت از: ۱) خـلاف مقتضـای ذات عقد بودن شرط ضمان، ۲) خلاف اقتضای امانت بودن شرط ضمان و ۳) خلاف اقتضـای مالکیـت و نیابت بودن شرط ضمان، که مجموعهٔ استدلالات فوق، تحت عنوان «خلاف شرع بودن شرط ضمان امین» در بیانات فقها مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

موقعیت شرط ضمان امین در فقه اسلامی و قوانین ایران

۱. شرط ضمان امین در میان فقهای امامیه و عامه

امکان اشتراط شرط ضمان امین در صورت عدم وقوع تعدی و تفـریط خصوصـاً در عقـد مضـاربه، در میان فقهای امامیه، **مخالفانی** چون: شیخ‌طوسی (المبسـوط، ۲/ ۱٤۹)، ابن‌ادریـس (۲/ ٤۰۹)، ابن‌حمـزه (٢٦٤)، ابن‌زهـره (٢٦٧)، شـهیداول (۱٥٥)، کیـدری (٢٦٤)، علامـه‌حلی (تـذکرة الفقهـاء، ۱۰/ ۲٤۸- ٢٤٦)، ابن‌فهدحلی (۲/ ٥٦۱)، شهید ثانی (٤/ ۳۳۱)، محقق‌حلی (۱/ ۱٤۷)، فیض‌کاشانی (الـوافی، ۱۸/ ۸۸۰)، علامه مجلسـی (۱۱/ ۳۳۹ و ۳٤۳)، بحرانـی (۲۱/ ۲۰۲)، صـاحب‌ریاض (۹/ ۳۳۳)، ملااحمـد نراقی (۱/ ٤٢٤)، صاحب‌جواهر (۲۷/ ۲۱۷)، محقق نائینی (۲/ ۱۱۷)، محقق حکـیم (مستمسـک العـروة الوثقی، ۱۲/ ۷۲)، شهید صدر (اقتصادنا، ٥٧٤-٥٧٣)، مکـارم شـیرازی و گلپایگـانی (بـه نقـل از العـروه الوثقی مع التعلیقات، ۲/ ٥٥٨) و **موافقانی** ازجمله: یزدی (العروة الوثقی، ۲/ ٦٤٦)، محقق‌خوئی (مبانی العروة الوثقی، ۱/ ٥۱) و امام‌خمینی (۱/ ٦۱۲) دارد. دلائل هر دو گروه به‌طور تفصیلی در متن اصـلی مـورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

در میـان فقهـای اهل‌سـنت، فقهـای اصـلی هـر چهـار مـذهب اعـم از مالـک، شـافعی، ابی‌حنیفـه، احمدبن‌حنبل و نیز مجموع علمای متقدم بر بطلان شرط ضمان عامل (و حتی کلیـه امنـاء در سـایر عقـود امانی غیر از عاریه) متفق بوده‌اند و اختلاف ایشان تنها بر سر مبطـل بـودن یـا نبـودن شـرط ضـمان اسـت

(الدبیان، ۹/ ٦٧-٦٨)؛ چنانچه مالکیه[1] و شافعیه[2] شرط ضمان رأس‌المال بر عامل مضاربه را فاسد و مفسد عقد دانسته و حنفیه[3] و حنابله[4] بر باطل و غیرمبطل بودن شرط مذکور فتوا داده‌اند. برخی معتقدند آن‌چه در معاملات معتبر است، لفظ به‌کار رفته توسط متعامل و ظن او نیست؛ بلکه معانی و آنچه حقیقتاً واقع می‌شود، تعیین‌کنندهٔ ماهیت عقد می‌باشد و شرط ضمان عامل، ماهیت شرعی عقد را دگرگون کرده و آن را تبدیل به «عقد قرض» می‌نماید و اخذ سود حاصل توسط صاحب مال، در حکم «ربای نسیئه» است (الخلیفی، ۱۰۲-۹۹). دبیانی نیز در کتاب «المعاملات المالیه اصاله و معاصره»، پس بررسی دلایل فقهای قدیم و جدید اهل‌سنت و ارائه مناقشات وارده، نهایتاً به بطلان اشتراط ضمان عامل مضاربه حکم می‌دهد (الدبیان، ۹/ ۱۰۱).

۲. شرط ضمان امین در قانون مدنی

درخصوص «شرط ضمان امین» در قانون مدنی ایران، دو حکم صریح در دو عقد امانی وجود دارد:

یک) مادهٔ ٦٤۲ ق.م که براساس آن شرط ضمان مستعیر در عقد عاریه که مستند به نص خاص شرعی می‌باشد، پذیرفته شده و به زعم فقها، حکمی استثنایی و خلاف‌قاعده است (صاحب جواهر، ۲۷/ ۲۱۷؛ عاملی، ۱۷/ ٤۲۹؛ نائینی، ۲/ ۱۱۷؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۷/ ۳۳٤-۳۳۵).

دو) مادهٔ ۵۵۸ ق.م که مبنی بر عدم پذیرش شرط مذکور در عقد مضاربه است و هماهنگ با سایر عقود امانی و موافق با قاعده می‌باشد (صاحب جواهر، ۲٦/ ۳٤۲).

مادهٔ فوق درخصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند.» برداشت صاحب‌نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است حکم انتهای ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمهٔ عامل، قاصر است و در نتیجه نمی توان عامل را مدیون صاحب سرمایه دانست؛ براساس این رویکرد، نتیجهٔ اشتراط قسمت دوم مادهٔ فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن

---

۱ - «إِذَا شَرَطَ رَبُّ الْمَالِ الضَّمَانَ عَلَى الْعَامِلِ، فَقَالَ مَالک،لَا یجُوزُ الْقِرَاضُ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَبِه قَالَ الشَّافعی. وَقَالَ أَبُو حَنِیفَةَ، وَأَصْحَابُهُ،الْقِرَاضُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. وَعُمْدَةُ مَالک،أَنَّ اشْتِرَاطَ الضَّمَانِ زِیادَةُ غَرَرٍ فِی الْقِرَاضِ نفسه...» (ابن‌رشد قرطبی، ٤، ۲۲).

۲ - «لو شرطا فی عقد القراض تحمل العامل للخسران کان القراض باطلًا؛ لاشتراطهما خلاف موجبه» (ماوردی، ۷، ۳۳۲)؛ «الشیء إذا کان حکمه فی الأصل علی الأمانة فإن الشرط لا یغیره عن حکم أصله» (خطابی، ۳، ۱۷٦).

۳ - «اشتراط الضمان علی الامین، باطل» (سرخسی، ۱۵، ۸٤؛ بغدادی حنفی، ۳۳).

٤ - «متی شرط علی المضارب ضمان المال، أو سهمًا من الوضیعة، فالشرط باطل، لا نعلم فیه خلافًا، والعقد صحیح نص علیه أحمد» (ابن‌قدامه، ۵، ٤۰) و نیز در کتب قواعد فقهیه حنابله این قاعده بسیار به چشم می‌خورد: «کل ما کان أمانة لا یصیر مضمونًا بشرطه، وما کان مضمونًا لا ینتفی ضمانه بشرطه» (مرداوی، ٦/ ۱۱۳).

بنا به‌نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهدهٔ مضارب نخواهد بود (محقق‌داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷).

۳. شرط ضمان امین در قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامهٔ مربوطه

ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه از سلسله مصوبات شورای پول و اعتبار در راستای اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳٦۳/۱/۱۹ است بدین مضمون که: «**بانک‌ها «موظف» هستند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه، ضمن عقد صلح موضوع ماده۸ این دستورالعمل، از عامل، تعهد کافی اخذ نمایند.**» مادهٔ مذکور، محصول برداشت نادرست از مادهٔ ۵۵۸ ق.م بوده و حکم تکلیفی این ماده قانون مدنی را به حکم وضعی ضمان تبدیل نموده است.

این صراحت در قراردادهای متحدالشکل مضاربه که توسط بانک مرکزی تهیه گردیده بیشتر است؛ واقعیت آن است که موادی که در بطنِ فرم های استانداردِ عقودِ مشارکتی بانکی، گنجانده شده است، حتی تناسبی با عقود مذکور از نظرِ شارع و قانونگذار نیز ندارد و ماهیت آنها را به عقد قرض ربوی، متحول و منقلب می کند. این مواد و تبصره ها عمدتاً به منظور انتقال ریسک هایِ مختلف و تحمیل آن به تسهیلات گیرنده، طراحی گردیده است که نشان از اصرارِ بانک ها برای تثبیت موقعیتِ خویش در حاشیه ی اَمن و اَمانِ اقتصاد اعتباری و اجتناب از مواجهه با تحولات و نوسانات طبیعیِ بازارِ تجارت دارد. این اشکالات را با محوریت عقد مضاربه بررسی کرده و در این راستا به برخی از مواد و تبصره های قراردادهای متحدالشکل بانکی نیز اشاره خواهیم کرد.

* قرارداد متحدالشکل مضاربه

ماده۴ - ... عامل، ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط نمود. (پوشش ریسک نکول)

تبصره بند ٦ - سایر هزینه های متعلقه به موضوع قرارداد با مصالحه طرفین، بر عهده عامل خواهد بود. (پوشش ریسک هزینه های اضافی)

ماده ۸- «درصورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید؛ اصل سرمایه ی متعلقه را به حساب بانک منظور نماید. (پوشش ریسک سرمایه = "شرط ضمان عامل")

ماده ۹- «چنانچه به تشخیص بانک، عامل بنا به دلایلی خارج از اراده، قادر به انجام موضوع قرارداد و یا اتمام آن نباشد؛ بانک می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد حاضر، اقدام نماید. در این صورت عامل مکلف به

بازپرداخت ســرمایه ی مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک از سود مکتسبه می‌باشد.» (پوشش ریسک حوادث)

ماده ۱۰- عامل متعهد گردید که در صورت عدم پرداخت وجوه در سـررسید مقرر، از تاریخ سـررسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک، علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، مبلغی به عنوان وجه‌التزام تأخیر تأدیه دین... به بانک پرداخت نمـــاید. نرخ وجه‌التزام تأخیر تأدیه دین، معادل ۶ درصد به علاوه نرخ سود مورد انتظار، مجموعهٔ معادل .... درصد می باشد.(پوشش ریسک تأخیر)

ماده۱۳- نرخ سود مورد انتظار مندرج در مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۲ این قرارداد معادل .... درصد می‌باشد.(پوشش ریسک سودآوری)...

باید اذعان نمود که تمام فعالیت‌های اقتصادی به‌طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است، پذیرش عدم مسئولیت سرمایه‌گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همـه ریسـک هـا بـه عامـل نیروی کار (سرمایه‌پذیر)، نظامی بسیار شبیه به سیستم ربوی و سـلطة عامـل سـرمایه بـر اقتصـاد را فـراهم خواهد ساخت.

نقد دلایل موافقان و مخالفان شرط ضمان امین[1]

بررسی کتب فقهی نشان می‌دهد بسیاری از استدلالات موجود به «خلاف‌شـرع بـودن» شـرط ضـمان امین باز می‌گردد، چنانچه، برخی از فقها، «شرط خلاف مقتضای عقد» را نیز از اقسام «شـرط نامشـروع» دانسته و دلیل بطلان آن را «مخالفت با کتاب و سـنّت» بیـان کرده‌انـد (شیخ‌طوسـی، المبسـوط، ۲/ ۱٤۹؛ علامه‌حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۰/ ۲٤۸-۲٤٦ و فیض‌کاشانی، مفاتیح الشـرائع؛ ۳/ ٦٥-٦٦). لـذا از جملـه مستندات خلاف شرع بودن شرط ضمان، «خلاف اقتضای ذات عقـد بـودن» و «خـلاف اقتضـای امانـت بودن» و «مخالفت شرط ضمان با اقتضای مالکیت و نیابت» می‌باشد که این قسمت از پـژوهش بـه تبیـین موارد فوق، پرداخته است.

---

۱ – به‌لحاظ ساختاری این امکان وجود داشت که شکل مقاله به‌صورت تقابل دیدگاه موافقان و مخالفان شرط ضمان امین سازماندهی شود اما ساختار انتخابی ما برای بیان موضوع، شامل بیان ترکیبی دیدگاه مخالفان شرط ضمان و سپس موافقان و نهایتاً نقد آن است. این انتخاب به این دلیل است که اول، مخالفت با یک رویه مألوف و نظر مشهور (خلاف شرع بودن اشتراط ضمان امین)، بیشتر مستلزم طرح دقیق مواضع مشهور است تا دفاع از نظرات اقلیت. حال آنکه مقالات بسیاری که اخیراً در همین زمینه منتشر گردیده، با چشم‌پوشـی از ارائـه برخـی از مهم‌تـرین مستندات مخالفان و نقد آن، عمدتاً و ابتدائاً به دفاع از نظرات موافقان پرداخته است. دوم، با توجه به محدودیت حجمی مقالـه، پـرداختن بـه تمامی نظرات موافق و مخالف و ارزیابی آنها امکان‌پذیر نیست. با وجود این، مقاله به شکلی نگاشته شده کـه تصـویری شـفاف از مهم‌تـرین دیدگاه‌ها و مواضع موافقان و مخالفان را منعکس ساخته است.

۱. خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط ضمان

یکی از استدلالات فقها در حکم به باطل و مبطل بودن شرط ضمان امین، «خلاف مقتضای ذات عقد بودنِ» آن است. چنان‌که می‌دانیم عقد دو «مقتضا» دارد: مقتضای ذات و مقتضای اطلاق؛ «مقتضـای ذات عقد»، همان «جوهر عقد» یا «موضوع اصلیِ» مورد توافق است که عقد به‌خاطر آن واقع می‌شود و «شـرط خلاف مقتضای ذات»، ماهیت آن‌چه را که «تراضـی»، «قـانون» و «عـرف» بـه اشـتراک آفریده‌انـد، نفـی می‌کند، لذا چنین شرطی، باطل و مبطل قرارداد است. «مقتضای اطلاق عقد» نیز عبـارت از امـری فرعـی است که عقد برحسب اطلاق خود، یعنی درصورت عدم تقیید به اموری مانند وصـف، مکـان و یـا زمـان، مقتضی آن است و طرفین می‌توانند با درج شرط و قید در عقد، خلاف اقتضای مزبور را توافق کنند (نائینی، ۲/ ۱۱۱-۱۱۲).

۱-۱. معیار تشخیص اقتضای ذات عقد از اقتضای اطلاق آن

شناسایی «مقتضای ذات» هر عقـد از «اطـلاق» آن، یکـی از مناقشـه‌برانگیزترین بحث‌هـای فقهـی و حقوقی است. بزرگان در تمیز مقتضـیات ذات عقـد، راه‌هـای متفـاوتی را پیمـوده و معیارهـا و ملاک‌هـای متعددی ارائه نموده‌اند. برخی «شرع و قانون» را ملاک قرارداده (محقق‌کرکی، ٤/ ٤١٤-٤١٦) و برخـی بـه «عرف» بسنده نموده (نراقی، ۱۵۱) و برخی به «قصد مشترک متعاقدین» اشاره نموده و بر این نظـر قائل‌انـد که آن‌چه طرفین عقد، به‌طور صریح، اولاً و بالذّات انشـاء کرده‌انـد و مـدلول مطـابقی عقـد اسـت مـلاک تشخیص مقتضای ذات عقود است (نائینی، ۲/ ۱۱۲).

گروهی از علما، با تمسک به معیار اخیر و تضییق دایرۀ اقتضائات ذات عقود امانی بـه مقصـود اصـلی متعاملین، به خلاف اقتضای **اطلاق** عقد بودن شرط ضمان در عقود امانی رأی داده‌اند. البته ایشان، همگام با مشهور فقها، درخصوص «عقد ودیعه»، قائل به استثنا بوده و به خلاف اقتضای ذات عقـد بـودن اشـتراط ضمان در عقد مذکور و باطل و مبطل بودن آن، قائلنـد (بحرانـی، ۲۱/ ٥٤٥؛ صـاحب جـواهر، ۲۷/ ۲۱٦؛ یزدی، العروة الوثقی، ۲/٦٤٦ و ٦۰۰؛ امام‌خمینی، ۱/ ٦۱۲).

علاوه بر ایراد به تنوع ملاک‌های ارائه‌شده از مقتضای ذات عقد و عدم اتحاد در مبنا، اِشکال دیگری که به نظر موافقان شرط وارد شده این است که ایشان، «معیار نوعیِ» تمییزِ مقتضای عقد را که «قانون و عرف» است رها کرده‌اند و به «معیار شخصی» که «مفاد قصد مشترک» و معیاری نـامطمئن و گمراه‌کننـده اسـت، متوسل گردیده‌اند. ایراد سوم نیز این است که اگرچه «عقد»، نهادی ارادی و آفریده‌ای عرفی است اما قوانین شرعی و مقررات حقوقی نیز عنصری از این ماهیت به‌شمار می‌آیند و به‌هیچ وجه نباید مغفول واقـع شـوند. برای مثال، در پاره‌ای از قراردادها، قبض، شـرط صـحّت عقـد اسـت. ضـرورت قـبض را دو طـرف انشـاء

نمی‌کنند اما قانون، آن را لازمهٔ جدایی‌ناپذیر و غیرقابل انفکاک از قرارداد می‌داند و شرطی که قبض را در وقف یا هبه یا رهن یا بیع‌صرف لازم نمی‌داند، خلاف مقتضای عقد می‌بیند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/ ۱۸۰) و نیز در این‌خصوص توجه به این نکته ضروری است که حسب مبانی فقه امامیه، «اصل حاکمیت اراده» با توجه به امضای شرع از طریق جملهٔ «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» پذیرفته شده است (محقق‌داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۳۶) لذا حتی درصورت منوط نمودن تعیین معیار اقتضای ذات عقد به اراده متعاقدین و پذیرش نظر موافقان در این‌خصوص، ضرورت دارد اشتراط ضمان امین، ناقضِ مقررات شرعی نباشد.

۲-۱. خلاف اقتضای ذات بودن شرط ضمان در عقود مختلف امانی

در بادی امر به‌نظر می‌رسد که علمایی که مقتضای ذات عقد را با «قصد اصلی متعاملین» مرتبط دانسته‌اند، قائل به جواز شرط ضمان امین در کلیه عقود امانی هستند و این در حالی است که حتی بزرگ‌ترین قائلان به مبنای فوق، در اکثر عقود امانی و مشارکتی، به مخالفت شرط مذکور با اقتضای ذات عقد، هم‌زمان با مخالفت آن با شرع، فتوا داده‌اند. به‌طور خلاصه به برخی از استدلالات ایشان درخصوص خلاف مقتضای ذات بودن شرط ضمان در عقود اجارهٔ اعیان، وکالت، ودیعه، شرکت و مضاربه اشاره می‌کنیم:

- در «عقد اجارهٔ اعیان»، وضعید مستأجر ناشی از صرف اذن موجر نبوده بلکه ناشی از «حق مالکی» بوده که به‌وسیلهٔ عقد اجاره ایجاد گردیده است و عقد اجاره، «متعرض» عین مستأجره و «مقتضی» وقوع آن، تحت «ید انتفاعی» و «سلطنت شرعی» مستأجر و «عدم ضمان مستأجر» نسبت به آن می‌باشد و روشن است که عدم ضمان «ید مالکی» و «ید واقع بر اشیاء که ناشی از حق و استحقاق باشد»، یک امر مسلم و ثابت در شرع مقدس بوده و شرط ضمان در این‌گونه موارد علاوه بر این‌که «شرط خلاف مقتضای ذات» عقد اجاره است، «شرط خلاف کتاب و سنت» نیز به شمار می‌آید. (نائینی، ۲/ ۱۱۵) و نیز تمام فقها بالاجماع معتقد هستند که با تسلیم عین مستأجره به اطلاق عقد اجاره، موجر استحقاق دریافت مال‌الاجاره را دارد و نیز مستأجر فقط ضامن اجرت به «ضمان معاملی» بوده و ابداً نسبت به عین مستأجره ضمانی ندارد وگرنه لازم می‌آید نسبت به مال واحد، یک شخص دارای دو ضمان بوده باشد؛ اول: «ضمان معاملی» و دوم: «ضمانید» و جمع دو ضمان، از نظر فقهی، غیرقابل قبول است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۷۳).

- مرجع شرط ضمان در «عقد وکالت» نیز به ضمان شخصِ مالک باز می‌گردد، زیرا ید آن‌ها به منزلهٔ ید مالک است و حقیقت استنابه (نمایندگی)، منافی با ضمان است (نائینی، ۲/ ۱۱۵).

– به اقتضای اثر ذاتی «عقد ودیعه» نیز ید مشروط‌علیه نسبت به مال، امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحّت آن، ید مشروط‌علیه نسبت به آن ضمانی می‌شود، واضح است که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و ید واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارند و وجود تضاد میان مفاد شرط و مفاد عقد، موجب اثبات و نفی مقتضا در آنِ واحد است که مستلزم خلل در قصد انشای عقد و در نتیجه موجب بطلان قرارداد است. از نظر ایشان بطلان شرط ضمان در عقد ودیعه، متناسب با قاعده و حکم کلی حاکم بر عقود امانی است (شهیداول، ۱۵۵؛ علامه‌حلی، قواعد الأحکام، ۲/ ۳۰۴؛ شهیدثانی، ۴/ ۳۳۱؛ محقق‌کرکی، ۷/ ۲۵۸؛ صاحب جواهر، ۲۶/ ۳۴۲).

– در «عقد شرکت» نیز فقها، «شرط ضمان کلیة خسارات بر احد شرکا» و یا «شرط عدم‌خسران برخی شرکا» را «خلاف مقتضای ذات عقد شرکت» دانسته و معتقدند لازمة ذات شرکت، «تساوی شرکاء در سود و زیان» و «تقسیم سود و جبران زیان به نسبت سرمایه» است (صاحب جواهر، ۲۶/ ۳۰۳؛ خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۲۶۳).

– نصوص وارده در باب مضاربه نیز نشان می‌دهد که شارع، خسارت را بر مالک قرار داده و ضمان سرمایه را به عهدة وی گذارده است، پس اشتراط خلاف آن‌چه شارع مقرر نموده، جایز نیست و موجب بطلان است. (قمی، ۳۵) و گفتنی است «ظاهر این نصوص نشان می‌دهد تعلیل به این‌که شرط ضمان، منافی مقتضی اطلاق عقد است نه ذات آن، تعلیل کاملی نیست، زیرا اقتضای عقد مضاربه، دلایل شرعی را نیز دربرمی‌گیرد[1].»

۳-۱. تفاوت اشتراط ضمان در قالب دو شرط نتیجه و فعل[2]

عده اندکی از فقها در امکان ضمان‌آور بودن انواع مختلف شرط ضمان امین، (شرط نتیجه و شرط فعل) قائل به تفصیل هستند[3]؛ اکثریت قریب به اتفاق فقها صراحتاً به این نکته اشاره کرده‌اند که شرط ضمان، نمی‌تواند در قالب «شرط نتیجه» منعقد شود و چنین شرطی نمی‌تواند به صرف اشتراط حاصل شود؛ زیرا به اعتقاد ایشان، علت «خلاف شرع بودن» شرط ضمان به این دلیل است که اشتراط ضمان

---

۱ – «و من هنا یظهر أنّ تعلیله بعدم کونه منافیاً لمقتضی العقد بل لإطلاقه، غیر تامّ بعد ورود النصّ و اقتضاء عقد المضاربة ذلک.» (مکارم، به نقل از العروه الوثقی مع التعلیقات، ۲، ۵۵۸).

۲ – (شرط نتیجه): شرط ورود خسارات به طور مستقیم به عامل و عدم توجه زیان به مالک سرمایه و (شرط فعل): یا «شرط تدارک تلف» بدین معناست که ابتدا خسارات به مالک سرمایه وارد می‌شود ولی عامل، مبلغ خسارت را به مالک، هبه می‌کند.

۳ – بیانات خوئی به پذیرش «شرط ضمان عامل» تنها در قالب «شرط فعل» صراحت دارد. (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۱) حکیم نیز به صحت شرط ضمان در «باب اجاره» در قالب «شرط فعل»، فتوا داده‌اند (حکیم، منهاج الصالحین، ۲، ۱۱۹؛ همو، مستمسک العروة الوثقی، ۷۲/۱۲)؛ اما ایشان، به «بطلان» «شرط فعل ضمان» در «عقد مضاربه» حکم رانده‌اند: «...لا خسران علیه [العامل فی‌المضاربه] بدون التفریط و إذا اشترط علیه تحمل الخسران لم یصح الشرط...» (حکیم، منهاج الصالحین، ۲/ ۱۶۰).

ضمن عقد نمی‌تواند در کنار سایر اسباب و موجبات ضمان که وضع و رفع آن به ید انحصاری شارع یا عقلا است، اثر حقوقی داشته و ایجادگر ضمان باشد. (خوئی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۳/ ۲۲۸) به عبارتی، اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت در شریعت احصا شده و در اتلاف به مباشرت یا به تسبیب، غصب، غرور و تعدی و تفریط امین، منحصر است. بنابراین، عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض موجبات ضمان، قرار گیرد و پذیرش صحت شرط ضمان به معنای تأیید تحقق مسبب (ضمان)، بدون اسباب آن است و این، خلاف آن چیزی است که خداوند بر بندگانش واجب کرده است، مگر این‌که دلیل مخصصی وجود داشته باشد، مانند دلیل ضمان مال مورد عاریه توسط مستعیر در طلا و نقره که دلالت بر ضمان متصرف مال می‌نماید.

اما برخی دیگر از فقها معتقدند اشتراط ضمان چه در قالب «شرط نتیجه» و چه در قالب «شرط فعل» تاثیری در مخالفت شرط ضمان با اقتضای عقد ندارد و عرف هر دو حالت را «تضمین» به حساب می‌آورد. شهیدصدر در کتاب بانک بدون ربا، می‌نویسد: «...مقتضای اطلاق روایت (صحیحة محمد بن قیس) این است که از لحاظ شرعی، هر چیزی که عرفاً بر آن، «تضمین مال» صدق کند، با استحقاق مالک نسبت به بخشی از سود، جمع نمی‌شود. لذا شامل تضمین به غیر قرض یعنی «تضمین با شرط» نیز می‌شود؛ بلکه همچنین ادعا می‌شود که شمول آن علاوه بر «شرط نتیجه»، بر موارد «جبران زیان» به صورت «شرط فعل» نیز می‌باشد؛ زیرا اگرچه آن به معنای دقیق، «تضمین» نیست اما «عرفاً» شامل آن نیز می‌شود؛ لذا به مالکی که با عامل مضاربه، شرط می‌کند تا هنگام وقوع خسارت، مقداری مال برابر با زیان به وی بدهد (شرط فعل)، می‌گویند که وی، عامل را ضامن کرده است.» (صدر، البنک اللاربوی، ۲۰۳).

باید گفت قانون‌گذار نیز به پیروی از نظر مشهور فقها، درخصوص حکم «شرط ضمان امین بدون تعدی و تفریط»، «ضمان شرعی» را حتی در قالب «شرط فعل» نیز نپذیرفته است؛ چنانچه ماده ۵۸۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد بود، عقد باطل است، مگر این‌که به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.»

تفاوت دو فرض باطل و صحیحِ صدر و ذیل مادة فوق این است که به نظر قانون‌گذار، ضمان، حکمی از احکام شرع است و بنابراین طرفین نمی‌توانند از طریق اشتراط، یکدیگر را ضامن، یعنی مدیون سازند. می‌دانیم که ضامن شدن یک نفر در قبال دیگری به معنای مدیون شدن ضامن و دائن شدن مضمون‌له به نحو «شرط نتیجه» است که موافقی در میان فقها ندارد؛ ولی نکتة قابل ذکر این است که مفاد «فرض دوم» که قانون آن را به نحو «شرط فعل» صحیح دانسته، نیز نوعی «تعهد» است؛ که به‌نظر فقها براساس این تعهد،

برای متعهد، بدهی منفی (دین) و برای متعهدله، دارایی مثبت (طلب) بـه نحـو بالفعـل فـراهم نمی‌شـود و مضمون این تعهد، متعهد شدن یک نفر نسبت به تملیک مال به دیگری است به‌گونـه‌ای کـه او را مـدیون و طرف مقابل را مالک ذمة او نمی‌سازد؛ بلکه نتیجة اشتراط، صرفاً یک «تعهد و التزام» است که مفـادش بنـا بر نظر مشهور، چیزی جز یک «حکم تکلیفی محض» نخواهد بود[1]، به‌گونه‌ای که در فرض مرگ متعهد، به ترکه وی تعلق نمی‌یابد و در صورت تخلف نیـز بـرای مشـروطله، صـرفاً «خیـار تخلـف از شـرط» ایجـاد می‌شود، ولی به‌هرحال برای مشروطعلیه، «دین یا حکم وضعیِ (ضمان)» ایجاد نمی‌گـردد و حتـی بـه‌نظر برخی، عامل در صورت تخلف، مکلف به جبران خسارت نیز نمی‌باشد[2].

هرچند در «حقوق معاصر» و در مبحث «نظریه عمومی تعهد»، به‌موجب تعهد، «حق مطالبـه» بـرای متعهدله به‌وجود می‌آید و در شمار یکی از عناصر دارایی به‌شمار آمده و به عنوان «مال» مورد مطالعـه قـرار می‌گیرد (کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ۲۲)؛ اما از نظر اکثر فقها، پذیرفتن این امـر بـا مشـکل جـدّی مواجه است و «مشهور فقها» معتقدند «تعهد» از «اسباب دین» یا از «موجبات ضمان» نیسـت (صـاحب جواهر، ۲۷/ ٦۹) به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی نیز، همین دیدگاه را درخصـوص شـرط مـذکور پذیرفتـه است؛ زیرا اگر شرط، موجب ضمان یعنی «حق ذمّی» یا «حق دینی» می‌بود، مورد استثنای ذیل مـادة ۵۵۸ ق.م همانند مورد صدر ماده (شرط ضمان مضارب) هم باطل و هم مبطل بود و تفاوتی میـان آن‌هـا وجـود نداشت. به نظر این دسته از علما، قانون برای فرار از ضمان، به «حیلة» ذیل ماده، متمسک شده و مفاد آن را تعهد موجد ضمان نمی‌بیند (محقق‌داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷).

از پژوهش‌های انجام گرفته در اولین مستند صحت شرط ضمان امین، که «خلاف اقتضای ذات عقد» نبودن آن است، این نتیجه حاصل می‌شود که در بیانات فقها، تعیین ملاک یکسانی که نشان‌دهندة اقتضـای ذات هر عقد باشد، امری مشکل است و از معیارهای «عرف» و «شرع» تـا «قـرارداد بـین طـرفین» متغیـر می‌باشد. برآیند نظرات علما و حقوق‌دانان این اسـت کـه در واقـع شـرطی «خـلاف مقتضـای ذات عقـد» به‌شمار می‌رود که خلاف «احکام تکلیفی و الزامی» شرعی بوده و منافی «قواعد آمرة» حقوقی باشـد؛ لـذا خلاف اقتضای ذات نبودن شرط ضمان به دلیل اختلافی بودن معیار تعیین آن، نه تنها دلیـل مناسـبی بـرای

---

۱ – «...أی علی سبیل شرط الفعل الراجع إلی اشتراط الموجر علی المستأجر ان یدفع مقداراً معیناً من المال علی تقدیر تلف العین من غیـر أن تشتغل ذمته بشیء، (لا بعنوان الضمان) بل علیان یکون هذا الدفع تکلیفاً محضاً.» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۲۳۱).

۲ – «أن الاشتراط لیس من أسبابه [الضمان] و قد عرفت فی القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما لیس بسـبب لحکـم وضـعی أو تکلیفـی لا یکون نافذاً و یکون الالتزام به لغواً.» (خوئی، مصباح الفقاهة، ۷، ۳۳۵-۳۳٤).

اثبات صحت شرط مذکور نمی‌باشد؛ بلکه لازم است برای اثبات «حق» یا «حکم» بودن آن و یا «حکم وضعی» یا «تکلیفی» بودن شرط مذکور به سایر ادله رجوع کرد.

۲. شرط ضمان، خلاف اقتضای امانت

به منظور کشف خلاف اقتضای امانت بودن یا نبودن شرط ضمان، این قسمت از پژوهش، به بررسی و تحلیل سه مبحث قاعدة عدم ضمان امین، خروج تخصیصی ید امانی از قاعدة علی‌الید و مناقشه در مثال‌هایی که به عنوان «موارد نقض قاعدة استیمان» مورد استناد قرار گرفته، پرداخته است.

۱-۲. قاعدة عدم ضمان امین

یکی از استثنائات مهم «قاعدة ضمان متصرف مال غیر»، «قاعدة استیمان» است که به «قاعدة عدم ضمان امین» شهرت داشته و از مسلّمات شرع اسلام به شمار می‌رود. مضمون قاعده این است که چنان‌چه شخصی با «ید امانی» بر مال دیگری استیلا یابد، ضامن آن مال نخواهد بود. «قاعدة استیمان» که به‌وسیلة ادلة نقلی فراوانی پشتیبانی می‌شود، خود به‌وسیلة «قاعدة ضمان ناشی از تقصیر» محدود شده است. براساس مفاد قاعدة اخیر، با ارتکاب «تعدی و تفریط» از سوی امین، ضامن شناختن او به عنوان نوعی «مجازات مدنی»، امری مشروع و موجّه خواهد بود. (مراغی، ۲/ ٤٤٧-٤٤٦) این‌که اذن امانی، مانع ضمان است مطلبی واضح است و احتیاج به اثبات ندارد با این‌حال می‌توان به معروف‌ترین روایات معصومین (ع) در باب استیمان اشاره نمود که عبارتند از: «لیس علی المؤتمن، ضَمان» (محدث‌نوری، ١٤/ ١٦)؛ «ان الأمین لایضمن» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ١، ٥٠) و «قال لیس علی مستعیر عاریه، ضمان - و صاحب العاریه و الودیعه مؤتمَن» (حرعاملی، ۱۹/ ۹۳).

برخی معتقدند: «از نصوص وارده درخصوص ضمان مستأجر در صورت وقوع تعدی، اقتضای عدم‌ضمان وی درصورت عدم وقوع تعدی استنباط می‌شود.» (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۶۹) جمعی نیز بر این عقیده‌اند که: «عموم و اطلاق روایات فوق، عقود امانی را در هر دو صورت اشتراط و عدم اشتراط ضمان شامل می‌شود.»(خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۰) و نیز از نصوص فوق برداشت می‌شود که مستأجر، مضارب و مستودع، شرعاً «امین» هستند و از آن‌جا که شرط ضمان، موجب خروج ایشان، از وصف امین بودن می‌شود و این وصف را زائل می‌کند، محکوم به بطلان است؛ لذا شرط ضمان امین، شرطی مخالف کتاب و سنت است (شهیدثانی، ۴/ ۳۳۱).

مهم‌ترین مناقشه‌ای که از طرف برخی فقها بر روایات دال بر عدم ضمان امین صورت گرفته، بدین مضمون می‌باشد که ایشان معتقدند که مفاد روایات مذکور این است که در این‌گونه ایادی برخلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه این‌که در آن اقتضای عدم‌ضمان وجود داشته باشد تا بتوان

گفت شرط ضمان، در مخالفت با شرع است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۷۰/۱۲) به بیان روشن‌تر، موضوعاتی که متعلق احکام شرعی واقع می‌شوند گاه چنانند که در نظر شارع، اقتضایی نسبت به «الزام مثبت» یعنی «وجوب» و یا «الزام منفی» یعنی «حرمت» ندارند که در این صورت، این موضوعات همان «مباحات» هستند و گاهی در آن‌ها اقتضایی نسبت به «الزام مثبت» و یا «منفی» وجود دارد که «واجبات» و «محرمات» از این قبیل موضوعات هستند که توافق برخلاف آن‌ها غیرممکن است. موافقان صحت شرط ضمان می‌گویند شرط ضمان در عقود امانی، مخالف با احکام شرع که در آن‌ها «اقتضای الزام منفی» (حرمت) وجود داشته باشد، نیست. گروه مقابل در راستای رد برداشت فوق از روایات مربوطه مبنی بر «لااقتضا» دانستن ید امین نسبت به ضمان، به مبحث اصولی «خروج تخصیصی» یا «حکمی» ید امانی از قلمرو قاعدة علی‌الید متمسک شده‌اند.

۲-۲. خروج تخصیصی ید امانی از قاعدة علی‌الید

موافقان شرط ضمان امین معتقدند حدیث «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدیه»، فقط بر «ید غیرمأذون» دلالت دارد و شواهدی ذکر نموده‌اند از جمله این‌که واژة «أخذ» در جایی استعمال می‌شود که تصرف بر مال غیر، با «قهر و غلبه» همراه باشد و نیز بیان کرده‌اند که روایت علی‌الید، درخصوص بقای عین و استمرار آن را در دست غیرمالک به ضرر متصرف آن است و این نوع بیان، اصطلاحاً نشان‌گر «لحن زجری» حدیث است که صرفاً مناسبت با موارد «عدوان» دارد، لذا اطلاق روایت را منصرف به «ید غیرمأذون» دانسته و نتیجه گرفته‌اند که خروجید امانی از قلمرو ایادی ضمانی، «خروج موضوعی» و به «تخصص» است؛ لذا اقتضای ضمان برای ایادی امانی وجود ندارد، نه این‌که در ایادی امانی، اقتضای عدم‌ضمان وجود داشته باشد. (محقق‌داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ٥۰٤).

اما گروه مقابل، معتقدند حدیث «علی‌الید» اطلاق دارد و کلمه «أخذ» یک عنوان «کلی» است و نسبت به مصادیقی که به عنوان افرادش هستند، عنوان «متواطی» دارد و صدقش نسبت به ید مأذون و غیرمأذون، عدوانی و غیرعدوانی، علی‌السویه است؛ لذا ایشان با رد استدلالات فوق، ظهور «قاعدة ضمانید» را در شمول ایادی امانی و غیرامانی قابل‌خدشه ندانسته و برآنند «ادلة عدم ضمان امین» مثل «الأمین لایضمن»، «قاعدة علی‌الید» را تخصیص زده و ید امان را استثنائاً از حکم ضمان خارج نموده است (مامقانی، ٥، ٦۳).

در تأیید مطلب فوق برخی از اساتید می‌نویسند: «...ادعا می‌شود که شرط ضمان، مخالف مقتضی نیست، بر این مبنا که تنها مخالف حکم اقتضایی، مخالف حکم خداست، لذا شرط مذکور، مخالف کتاب و سنت هم نیست، اما این ادعا، مردود است؛ زیرا «**عموم**» (علی‌الید ما أخذت) شامل ید امین نیز

می‌شود و «**ظهور**» آن اقتضاء دارد که امین نیز ضامن آن‌چه در دستش هست، باشد. پس حال که امین، ضامن نیست حتماً مقتضی آن، عدم ضمانت است.»(صدر، البنک اللاربوی، ۱۸۹).

برخی از علما، نیز ضمن تحلیل دیدگاه گروه اول و استناد به «شبهة مصداقیه» بودن شرط ضمان و عدم جواز رجوع به عموم «المسلمون[۱]» و شمول عمومیت ادلة عدم ضمان امین نسبت به شرط و رد امکان «تزاحم» و ترجیح ادلة استیمان در «تعارض» با «قاعدة وجوب وفای به شرط» و نیز استناد به عدم امکان توسل به «اصل عدم مخالفت با شرع» و «ارتکاز عقلا» به خروج تخصیصی امین از قاعدة ضمانید، نتیجه می‌گیرند عدم ضمان امین ناشی از اقتضای ادله می‌باشد و ایشان صراحتاً به مخالفت شرط ضمان امین با احکام شرعی فتوا داده‌اند (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۷۱ – ۷۰).

۳-۲. ایرادات وارده بر شواهد نقض قاعدة استیمان

موافقان صحیح بودن شرط ضمان در تأیید نظر خویش به شواهدی که در فقه از شرط ضمان امین وجود دارد، استناد می‌کنند. این بخش از پژوهش، به بررسی اساسی‌ترین شواهد مدعیان «عدم ملازمة امان و عدم ضمان» و اشکالاتی که علما بدان‌ها وارد نموده‌اند از جمله ید آخذ بالسوم، صنعت‌گر، باربر و ید مستعیر در عاریة مضمونه، می‌پردازد.

الف) کالایی را که کسی برای خرید از مالک دریافت می‌دارد تا مشاهده نموده و بخرد یا خود بدین‌منظور با اجازة مالک برمی‌دارد، «مقبوض بالسوم» می‌نامند، با وجود اذن از جانب مالک، کالا در دست شخص، امانت است، با این حال، فقها، در صورت تلف مال در دست قابض، قائل به ضمان وی شده‌اند (صاحب جواهر، ۳۷، ۷۳). واقعیت این است که اتفاق‌نظری بر ضامن محسوب شدن قابض بالسوم وجود ندارد؛ زیرا برخی از فقهاء، مقبوض‌بالسوم را امانت مالکی و ید قابض را نیز ید امانی و غیرمضمون می‌دانند (علامه‌حلی، قواعد الأحکام، ٥/ ۳۲۱؛ خوانساری، ۳/ ٤١٥) و نیز برخی از فقها این مسئله را داخل در شمول «قاعدة علی‌الید ما أخذت حتی تودیه» محسوب داشته و اذن و امانت را منتفی دانسته‌اند؛ نه اینکه مقبوض‌بالسوم را از استثنائات و تخصیصات قاعدة عدم‌ضمان امین بشمارند (بجنوردی، ١/ ٢١٤) روشن است بنا نمودن حکم براساس مسئله‌ای که در آن اختلاف‌نظر وجود دارد، خلاف اصول فقهی است.

ب) صنعت‌گران و افرادی که اجناس و مواد اولیه و خام را از مالک تحویل می‌گیرند تا آن را به اجناس مصنوع تبدیل کنند، بر اساس نظر بسیاری از فقها، اگر مال مزبور در دست آنان حتی بدون تعدی و تفریط

---

۱ – «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب‌الله عزوجل لایجوز» (حرعاملی، ۲۱، ۲۷۶).

تلف شود، ضامن خواهند بود در حالی‌که گفته می‌شود از طرف مالـک، اذن داشـته‌اند و بـه عنـوان امانـت مالکی، آن را در اختیار گرفته‌اند (بجنوردی، ۱/ ۱۳۲). در این‌خصوص نیز بسیاری از فقها، حکم مسـأله را مختص موردی می‌دانند که شخص عامل به علت خروج از حد اذن و اجازهٔ مالک، موجب ورود خسـارت به مال گردد، نه آن‌جا که در حدود اذن، عمل کرده است. بی‌تردید، در صدق عنوان اتلاف، «احراز انتسـاب تلف به فاعل»، لازم است و لذا چنان‌چه پارچه و یا لباس به آفت سماوی در دست خیاط تلف شود، مسلماً وی شامل ضمان اتلاف نخواهد شد؛ فقها در این‌گونه موارد علاوه بر تاکید بر عدم صدق عنوان «اتـلاف»، نسبت به عدم شمول ضمان «تعدی و تفریط»، نیز صراحت دارند و از نظر ایشان متصـرف امـین، در قبـال حوادث غیرمترقبه، هیچ‌گونه مسئولیتی ندارد (محقق‌داماد، قواعد فقه، ۱۰۸) «عرف» نیز هرگز بروز «تلـف سماوی» را موجب انقلاب ید امان به ضمان نمی‌پندارد؛ به عبارتی، از آن‌جایی‌که بسیاری از فقهـا، مـلاک تشخیص تعدی و تفریط، را «عرف» می‌دانند، بی‌گمان در مواردی که امین بـه‌طـور غیراختیـاری و از روی سهو، به دلیل لغزش پا، آسیبی به مال امانی وارد می‌آورد، بنا به نظر عرف، به تبدیل ید امانی به ید عـدوانی حکم نکرده و او را مقصر نمی‌شناسند؛ به‌ویژه اگر مسأله از باب تسبیب مورد توجه قرار داده شود؛ چنان‌چـه به عنوان مثال به واسطهٔ افتادن امین از بلندی به‌علت طوفان بر مال امانی، به آن، آسیبی رسد و یا تلف شود، نمی‌تـوان ایـن‌گونـه مـوارد را از مصـادیق تعـدی و تفـریط بـه شـمار آورد(عمیـدزنجانی، ۱۷۳)؛ نـایینی و خوانساری نیز در حاشیه بر عروه‌الوثقی عقیده بـه عدم‌ضـمان وی دارنـد(محقق‌داماد، قواعـد فقـه، ۱۰۸)؛ برخی فقهای شیعه حتی جنایت حاصل از این اعمال را موجب ضمان ندانسته‌انـد.(خویی، مبـانی تکملـه المنهاج، ۲: ۲۲۳).

ج) در عاریهٔ مضمونه که از عقود امانی است، ضمان می‌تواند به مقتضای حکم شرع در عاریـهٔ طـلا و نقره و یا به مقتضای شرط در ضمن عقد عاریه وجود داشته باشد. این درحالی است که به‌نظر مشهور فقها، مجوز اشتراط ضمان در بطن عاریهٔ مضمونه به‌دلیل «نص خاص شرعی» صورت گرفته است؛ لـذا از نظـر این گروه از فقها، امکان اخذ «وحدت ملاک» و تسری آن به سایر عقود امـانی منتفـی اسـت. زیـرا در غیـر این‌صورت باید به جواز اشتراط ضمان در «عقد ودیعه» نیز قائل شد و این درحالی است که خـلاف مـذاق شارع بودن آن (در نظر فقها)، امری کاملاً واضح است (صاحب جواهر، ۲۷/ ۲۱۷).

به نظر می‌رسد بزرگ‌ترین مانع صحت شرط ضمان امین، ادعای «خـلاف اقتضـای امانـت» بـودن آن است که موافقان شرط مذکور تلاش می‌کنند با ایـرادات متعـددی از جملـه محـدود نمـودن قلمـرو قاعـده استیمان به عدم اقتضای ضمان و نیز مضیق نمودن دایره امین صـرفاً بـه مسـتودع در عقـد ودیعـه و حـذف

وصف امین از سایر عقود امانی نظیر اجاره، مضاربه و شرکت و نیز این بیان که اذن مالک، تنها «حرمت» یا «حکم‌تکلیفی» را برمی‌دارد و شرط، صرفاً «حکم وضعی ضمان» را اثبات می‌کند، لذا تعارضی میان اذن امانی و شرط ضمان وجود ندارد، از قدرت دومین مستند بکاهند؛ لکن مخالفان با استناد به «اطلاق و عموم» واژگان قاعده استیمان که نص‌صریح روایات متواتر صحیح‌السند است و استناد به «شبهه مصداقیه» بودن شرط مذکور و عدم‌جواز رجوع به «ادله وجوب وفای به شرط» و رد امکان «تزاحم» و نیز با استناد به «شهرت فتوایی» و «اصل عملی» (همان) بر نظرات موافقان خدشه وارد نموده و ازجمله اثبات می‌کنند عموم «قاعده علی‌الید»، ید امین را نیز دربرمی‌گیرد و «ظهور» آن اقتضا دارد که امین نیز ضامن مال امانی باشد؛ پس حال که به دلیل قاعده استیمان، وی ضامن نیست، مقتضی آن «عدم‌ضمانت» است نه اینکه در آن، اقتضایی نسبت به ضمان نباشد و نیز ایشان بر کلیه شواهدی که گروه نخست بر رد ملازمه امان و عدم‌ضمان ارائه می‌کنند، مناقشه وارد نموده و تجویز اشتراط ضمان در «عقد عاریه» را نیز بنا به «دلیل خاص» دانسته و بر «حرمت قیاس» در تنقیح مناط و تسری آن به موارد مشابه تاکید ورزیده‌اند.

۳-۳. شرط ضمان خلاف اقتضای مالکیت و نیابت

برخی از فقها، شرط ضمان را نه از جهت «مخالفت با مقتضای امانت»، بلکه از جهت «مخالفت با مقتضای ملکیت و نیابت» در ساختار این قرارداد، باطل می‌دانند. (یزدی، حاشیه المکاسب، ۲/ ۱۱۵). به نظر ایشان، حقیقت ملکیت مال باعث می‌شود تا دَرَک و خسارت وارده بر عهدهٔ مالک باشد و نمی‌توان این معنا را در قالب «شرط جبران خسارت»، برای غیرمالک قرار داد. به عبارتی؛ دست امین و سلطهٔ او بر مال به منزلهٔ ید مالک است؛ بنابراین ضامن قرار دادن امین نیز بدین مفهوم است که مالک را ضامن تلف مال خود سازیم یا خسارتِ تلفِ مالِ مالک را از دیگری مطالبه کنیم. چنین نتیجه‌ای را قانون‌گذار جز در مورد «غصب» مال دیگری نمی‌پذیرد.

در «عقد مضاربه» نیز عامل به نیابت از طرف مالک، تجارت می‌کند و اثر اساسی عقد نیز اعطای همین نمایندگی از طرف مالک به وی است. معنی انعقاد قرارداد از طرف نماینده این است که پیمان را او می‌بندد ولی آثار این پیمان، دامن‌گیر اصیل و مالک سرمایه می‌شود، عامل نیز صرفاً نماینده به حساب می‌آید و از زیان‌های ناشی از تجارت مصون است. زیان‌های وارده در فعالیت‌های ناشی از عقد مضاربه، در مرحلهٔ اول باید از سود حاصل از تجارت و در مرحلهٔ دوم از سرمایه و سرانجام از دارایی مالک جبران شود. پس اگر شرط شود که خسارت متوجه مالک نخواهد شد، بدین معنی است که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود و این نتیجه با مفهوم نیابت مخالف است. (کاتوزیان، حقوق مدنی(مشارکتها - صلح)، ۱۳۱)

یکی از مهم‌ترین دلایل مخالفت با تضمین سرمایه در «عقد شرکت» نیز همین مفهوم «تبعیت سود و زیان از سرمایه» است که در قالب یک اصل یا قاعدهٔ فقهی، رخ نموده است. این قاعده، در کتب فقهی، تحت عناوین مختلفی نظیر «من له الغنم فعلیه الغرم»، «الخراج بالضمان»، «النعمه بقدر النقمه» و «الربح و النماء تابعان لرأس المال» نیز یاد شده است (مصطفوی، ۲۸٤) و قواعدی مثل «ملازمهٔ ملکیت و ضمان»، «ملازمه ملکیت و منافع» و «ملازمه ضمان و منافع» از آن، منتج می‌شود؛ براساس این قاعده، سود و زیان از آنِ مالک مال است و نیز از قاعدهٔ مذکور این مطلب استفاده می‌شود که منفعت مال از آنِ هرکس باشد، زیان مال نیز متوجه او خواهد بود. به عبارتی، این قاعده، تحمّل ریسک را جزء جدایی‌ناپذیر از کسب سود می‌داند.

اشکالی که در این‌جا مطرح شده، استناد به «قاعدهٔ فقهی اقدام» است که براساس آن، شخص می‌تواند با علم و قصد و رضا، ضرر و ضمانی را علیه خویش بپذیرد؛ مانند اینکه کالایی را با قیمتی بالاتر از قیمت متعارف بخرد یا آن را به دیگری دهد که در دریا بیندازد. در این‌صورت هیچ‌کس ضامن خسارت واردهٔ بر او نخواهد بود (محمدی، ۲۱۲). برخی معتقدند قاعدهٔ اقدام، موضوع قاعدهٔ ملازمهٔ بین ملکیت و ضمان را تضییق کرده است و مواردی مانند تضمین زیان به وسیلهٔ یکی از شریکان (در عقد شرکت یا عامل در مضاربه)، از موضوع آن خارج می‌شود (نظرپور و دیگران، ۱۲۵).

پاسخ: همان‌طور که قلمرو «قاعده تسلیط[1]» محدود به حدود قانونی و شرعی است، قلمرو حکومت «قاعدهٔ اقدام» نیز تا جایی است که با مانع «قواعد آمره» مواجه نشود. توجه به این نکته ضروری است که براساس روایات صحیح‌السندی[2] که مستند فتاوای بسیاری از فقهای شیعه[3] قرار گرفته است، اشتراط شرط ضمان در ضمن عقد مضاربه، باعث انقلاب ماهیت آن به عقد قرض می‌شود و نیز با استناد به برخی روایات معتبر[4]، در عقد قرض، کوچک‌ترین شرط نفع برای مالک، ربا و حرام است. پس مضارب، با

---

۱ – «قاعدهٔ تسلیط» موضوع مادهٔ ۳۰ قانون مدنی است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که «قانون» استثنا کرده باشد.»

۲ – در صحیحه محمدبن قیس از امام‌محمد باقر (ع) به نقل از امام علی (ع) آمده است: «من ضمن تاجراً فلیس له الّا رأس ماله و لیس له من الربح شیء» «کسی که تاجری را ضامن قرار دهد، او حقی بر تاجر ضامن، غیر از اصل سرمایه ندارد و چیزی از سود به او تعلق نمی‌گیرد.» (حرعاملی، ۱۹، ۲۲–۲۱؛ کلینی، ۵، ۲٤۰). این روایت از چند طریق در وسائل‌الشیعه آمده است و علمای علم رجال و حدیث آن را «صحیحه» برآورد نموده‌اند.

۳ – ازجمله علمایی که شرط‌ضمان عامل را باعث تبدیل عقد مضاربه به عقد قرض می‌دانند: (ابن‌زهره، ۲٦۷)؛ (ابن‌ادریس، ۲/ ٤۰۹)؛ (کیدری، ۲٦٤)؛ (محقق‌حلی، ۱/ ۱٤۷)؛ (بحرانی، ۲۱/ ۲۰۲؛ بحرانی، ۱۲/ ۷٦)؛ (طباطبایی، ۹/ ۳۳۳)؛ (نراقی، ۱/ ٤۲٤)؛ (صدر، اقتصادنا، ۵۷٤–۵۷۳)؛ (فیض‌کاشانی، ۱۸/ ۸۸۰)؛ (گلپایگانی و مکارم شیرازی، العروه الوثقی مع التعلیقات، ۲/ ۵۵۸) و (علامه مجلسی، ۱۱/ ۳۳۹ و ۳٤۳) که علامه می‌فرماید: «قوله (ع): «من ضمن مضاربه أی،شرط علیه الضمان و لعل وجه الحکم إنه خرج حینئذ عن حکم المضاربه و صار قرضاً.»

٤ – حضرت رسول‌اکرم (ص) می‌فرماید: «کل قرض یجرّ منفعه فهو حرام» (علامهٔ‌حلی، ۱۳/ ۲۷). این حدیث از طرق دیگر و نیز با تغییراتی

پذیرش شرط ضمان در عقد مضاربه، تاجایی می‌تواند به ضرر خود اقدام نماید که معادل مثل یا قیمت رأس‌المال باشد که همان مفاد عقد قرض (تملیک بالضمان) است؛ اما اقدام به پرداخت بیشتر از رأس‌المال تحت‌عنوان سودِ سرمایه با مانع ربا مواجه می‌شود که به دلیل منع صریح شارع، خلاف قواعد و مقررات امری و مخالف نظم عمومی است و امکان تراضی و اقدام برخلاف آن وجود ندارد؛ چنان‌چه اقدام به «معامله غرری» ولو از روی علم و آگاهی، آن را صحیح و قانونی نمی‌سازد. همچنان‌که در اسراف و اتلاف بیهودهٔ مال نیز چنین وضعیتی حاکم است. گفتنی است برخی از اساتید، غیرطبیعی بودن «ربا» را ناشی از نقض «قاعدهٔ ملازمهٔ ملکیت و سود و زیان» می‌دانند (مطهری، ٤٢).

تأکید بر این نکته ضروری است که در هر حال صدور مجوز اقدام به عامل علیه خود در حد رأس‌المال (صدور امکان اشتراط ضمان عامل ضمن عقد مضاربه) ماهیت عقد مذکور را به عقد قرض دگرگون می‌نماید و واقعیت دیگر آن است که نیت در مضاربهٔ تضمینی غیر از قرض نیست. بنابه نظر فقها، شرط ضمانت باعث تبدیل مضاربه به قرض می‌شود و اشکال خلاف «قاعدة ما قصد لم یقع و ماوقع لم یقصد» بودن این عقد، وارد نیست؛ زیرا قرض چیزی جز اعطای مال و تضمین خسارت نیست که همراه با وضع ضمان عامل، محقق می‌شود؛ لذا بعد از ورود نص مذکور و اقتضای عدم ضمان داشتن عقد مضاربه، تعلیل به خلاف اقتضای ذات عقد نبودن شرط ضمان، استدلالی غیرتام است (مکارم‌شیرازی، به نقل از العروه الوثقی مع التعلیقات، ۲، ٥٥٨). برخی نیز معتقدند حتی اگر لفظ و معنا، هر دو بر عقد خاصی تعلق بگیرد، چه بسا «فهم عرفی»، قرارداد را از حالتی به حالت دیگر تغییر می‌دهد و این امری واضح است که شارع، در خطاب‌های خود، «عرف» را مخاطب قرار داده است و «عرف»، موضوعات و مصادیق را تشخیص می‌دهد و مدالیل خطاب‌های شارع را درک می‌کند (تسخیری، ١٦)؛ لذا درصورتی‌که قصد اصلی شخص سرمایه‌گذار از توسل به شرط ضمان عامل، بهره‌خواهی در عین تضمین اصل سرمایهٔ خویش باشد، هر چند عقد، عنوان مضاربه را یدک کشد، اما «عرف»، برداشتی جز «عقد قرض ربوی» از توافق طرفین نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

۱. مشهور فقها با استناد به مستندات فوق، خصوصاً «خلاف مقتضای ذات عقد» بودن، قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب

نقل شده است: «أن کل قرض یجر منفعه فهو فاسد» (کلینی، ٥/ ٢٥٥) و نیز در کتاب خلاف از قول معصوم (ع) نقل گردیده است: «کل قرض جر منفعه فهو ربا» (طوسی، ٣/ ١٧٤).

«شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌دانند. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضـای اطـلاق عقـد» بـودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطلان» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده و گـروه انـدکی از فقهـا نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» می‌باشند و این درحالی است که اطـلاق «صـحیحة محمدبن قیس» که اشتراط ضمان تاجر را عامل «انقـلاب ماهیـت» عقـد مضـاربه بـه عقـد قـرض ربـوی می‌داند، «تضمین» را در هر دو حالت شرط نتیجه و شرط فعل دربرمی‌گیرد. به‌عبارتی، پذیرش این روایـت صحیح‌السند، موجب «حرمت» بهره‌وری مالکِ سرمایه از سود حاصل، حتی در صـورت اشـتراط ضـمان عامل در قالب «شرط فعل» است.

۲. از منظر حقوقی نیز مادة ۵۵۸ ق.م درخصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد: «اگر شـرط شـود کـه مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقـد باطـل است؛ مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یـا تلـف مجانـا بـه مالک تملیک کند.» مقایسة حکم صدر و ذیل مادة مذکور در نگاه اولیه ممکن است هـر خواننـده‌ای را بـه شگفتی واداشته و او را به تجویز حیله یا تقلب توسط قانون‌گذار برای دستیابی به حکم صحتِ عقد مـذکور رهنمون سازد؛ امری که متأسفانه در تاریخ تقنین ایرانی، بی‌سابقه نیست؛ چنانچه مادة ۶۵۳ ق. م را می‌توان نمونه‌ای از دور زدن «قانون ممنوعیت ربا» توسط قوانین گذشته معرفی کرد که به‌دسـت قانون‌گـذار پـس از انقلاب نسخ گردید. به موجب مادة مذکور: «مقترض می‌تواند به وجه ملزمی بـه مقـرض وکالـت دهـد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا در هر سال، مجاناً به خـود منتقل نماید.»؛ اما استنباط صاحب‌نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این اسـت کـه دو حکم ابتدا و انتهای مادة مذکور از نظر عدم امکان ایجاد «حق دینی یا ذمّی» بر عهدة امین، یکسان بـوده و به‌عبارت دیگر، حکم اخیر ماده، از قابلیت ایجاد «حکـم وضـعی ضـمان» بـر ذمـة عامـل، قاصـر اسـت. براساس این رویکرد، نتیجة اشتراط قسمت دوم مادة فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا به‌نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهدة مضارب نخواهد بود.

۳. هرچند شورای پول و اعتبار در ماده ۱۲ دسـتورالعمل اجرایـی مضـاربه از سلسـله آیـین نامـه هـای اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا درخصوص قرارداد مضاربه مصوب ۱۳۶۳ شرط ضـمان را در قالـب عقد صلح تجویز نموده و ظاهراً به این مبحث جنجالی خاتمه داده است؛ اما باید توجه داشت که آیین نامه از نظر سلسله مراتب قانونی ذیل قانون عادی قرار می گیرد و نمی تواند خلاف قـانون عـادی(م ۵۵۸قـانون مدنی) وضع شود و نیز اینکه برای تجویز و تصویب معـاملات نظـام مـالی و بـانکی کـه دائـر مـدار سـایر مؤلفه‌های اقتصادی هستند بایستی از عقودی که مشروعیت آنها مسلم و مورد اتفاق است، استفاده شود تـا

روابط اقتصادی میلیون‌ها انسان مسلمان برپایه امور شبهه‌انگیز یا مورد اختلاف در اصل مشروعیت، بنا نشود و همچنین از آن‌جا که تمام فعالیت‌های اقتصادی به‌طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است، پذیرش عدم مسئولیت سرمایه‌گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همه ریسک به عامل نیروی‌کار (سرمایه‌پذیر)، نظامی بسیار شبیه به «سیستم ربوی» و سلطه ظالمانه عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت خصوصاً اینکه شارع بر فهم «عرف» از نوع قرارداد، صحه گذارده است و قضاوت عرف از اینگونه قراردادهای مشروط به جبران خسارت، چیزی جز معامله ربوی نیست؛ لذا حتی اگر بتوان با کمکِ باهوش ترین مشاورانِ حقوقی و تمامیِ ظرفیتِ فقهی، تمامِ جزئیاتِ قراردادهایِ مطلوبِ بانکی را با قوانین حقوقی و شرعی در زمینه ی مشارکت، هماهنگ کرد؛ اما آنچه در صحنه ی واقعیت و عمل رخ می دهد، قطعاً فاقدِ آثار و نتایج یک قرارداد مشارکت در اقتصاد واقعی است؛ و اگر در «فقه فردی» با توسل به عناوین مختلف فقهی و حقوقی مانند صلح، بیمه و جعاله و...، بتوان قراردادهای شرعی مذکور را در خدمت اهداف ناعادلانه خرده نظام های سرمایه داری بانک، بورس و بیمه قرار داد، از نگاه کلانِ «فقه اجتماعی»، تجویز شرط ضمان عامل، غیرقابل توجیه به نظر می رسد.

منابع

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

ابن زهره، حمزة بن علی، ***غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع***، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

ابن فهد حلی، احمد بن محمد، ***المهذب البارع فی شرح المختصر النافع***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

ابن‌حمزه، محمدبن علی، ***الوسیله***، مصحح: محمدحسون، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی ، ۱٤۰۸ ق.

ابن‌رشد، محمدبن احمد، ***بدایه المجتهد و نهایه المقصد***، قاهره، دارالحدیث، مصر، ۱٤۲٥ ق.

ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی***، مکتبه‌القاهره، چاپ سوم، ۱۳۸۹ ق.

باریکلو، علی‌رضا، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، ***مجله مطالعات اسلامی***، ش ۶۷. (۱۳۸۴).

باقری، احمد و بهمن‌پوری، عبدالله، «نقد و بررسی ادلة بطلان شرط ضمان مستأجر»، ***مجلـة حقـوق***، دورة ۳۸، پاییز، شمارة ۳، صص ۵۶-۴۳. (۱۳۸۷).

بجنوردی، محمد بن حسن، ***قواعد فقهیه***، تهران – ایران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.

بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد، ***الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*** (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیة، چاپ اول، بی‌تا.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

البغدادی الحنفی، ابومحمد غانم‌بن‌محمد، ***مجمع الضمانات***، دارالکتب الاسلامی، بی‌تا.

تسخیری، محمدعلی، «جایگاه الفاظ و معانی در قراردادهای مالی»، ***مجلة اقتصاد اسلامی***، شمارة ۱۸، صص ۱۱- ۳۴. (۱۳۸۴)،

________، ***مضاربه***، تهران، کتابخانة گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۴.

حرّ عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة***، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

حکیم، محسن، ***مستمسک العروة الوثقی***، قم، مؤسسة دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

________، ***منهاج الصالحین*** (المحشّی للحکیم)، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

خرازی، محسن، «پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن»، ***مجلة فقه اهل‌بیت***، بهار، شمارة ۴۵، صص ۵۴-۲۷. (۱۳۸۵).

خطّابی، حمد بن محمد، ***معالم السنن***، وهو شرح سنن أبی داود، حلب،سوریه، المطبعة العلمیة، ۱۳۵۱ ق.

الخلیفی، عبدالعزیز، ***ضمان المضارب فی ضوء تجربه المصارف الإسلامیه***، مجله دارالحدیث الحسنیه، العدد ۱۲، صص ۱۰۴-۹۵. ۱۴۱۵ ق.

خمینی، روح الله، ***تحریر الوسیله***، ۲ جلد، قم،مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ۱۳۷۹.

خوانساری، احمدبن یوسف، ***جامع المدارک فی شرح مختصر النافع***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

خوئی، ابو القاسم، ***المستند فی شرح العروة الوثقی***، (مبحث الإجاره)، بی‌تا.

________، ***مبانی العروة الوثقی***، قم، منشورات مدرسة دار العلم - لطفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

________، ***مبانی تکملة المنهاج***، قم، مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی ره، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

________، ***مصباح الفقاهة*** (المکاسب)، بی‌تا.

الدبیان، دبیان بن محمد، ***المعاملات المالیه اصاله و معاصره***، ریاض، انتشارات،مکتبه الملک فهد الوطنیه، عربستان سعودی، ١٤٣٢ ق.

رستگار جویباری، محی‌الدین، «حدود مسئولیت امین در عملیات بانکی غیر ربوی»، ***مجله فقه***، سال چهاردهم، شمارة ۵۳، صص ۱۶۴-۱۴۰. (۱۳۸۶).

سنهوری، عبدالرزاق احمد، ***مصادر الحق فی الفقه الاسلامی***، بیروت، داراحیاءالتراث العربی، ١٩٥٤ م.

شمس الائمه سرخسی، محمدبن احمد، ***المبسوط***، بیروت، دارالمعرفه، ١٤١٤ ق.

شهیداول، محمد بن مکی، ***اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة***، بیروت، دارالتراث - الدار الإسلامیة، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

شهیدثانی، زین الدین بن علی، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*** (المحشّی - کلانتر)، قم - ایران، کتابفروشی داوری، چاپ‌اول، ١٤١٠ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت - لبنان، دار إحیاء التراث العربی، هفتم، ١٤٠٤ ق.

صادقی، علی‌اکبر، «شرط ضمان مستأجر»، ***مجله تحقیقات حقوقی***، شماره ۱۳ و ١٤، صص ۲۸-۷. (۱۳۷۲).

صدر، محمد باقر، ***اقتصادنا***، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

__________، ***البنک اللاربوی***، بیروت - لبنان، دار التعارف للمطبوعات، چاپ هفتم، ١٤٠١ ق.

صفّار، محمدجواد، «نقد و تحلیل حقوقی مادة ٥٥٨ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، ***نامه مفید***، شماره چهاردهم، تابستان، ۱۳۷۷.

طباطبایی، علی بن محمد حائری، ***ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل***، قم، مؤسسة آل‌البیت (علیهم‌السلام)، مصحح،محمد بهره‌مند و دیگران، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

طوسی، محمد بن حسن، ***الخلاف***، ٦ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی ، چاپ اول، ١٤٠٧ ق.

__________، ***المبسوط فی فقه الإمامیة***، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، تهران - ایران، سوم، ۱۳۸۷ ق.

عاملی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة*** (ط - الحدیثة)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٩ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، ***تذکرة الفقهاء*** (ط - الحدیثة)، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، اول، ۱۴۱۴ ق.

__________، ***قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

علوی‌رضوی، یحیی، «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، ***فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی***، سال نهم، شمارة ٣٣، بهار، صص،١٧٨- ١٦١.

عمیدزنجانی، عباسعلی، ***موجبات ضمان***، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.

فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، ***الوافی***، مصحح،ضیاء الدین حسینی اصفهانی، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه‌السلام، چاپ اول، ١٤٠٦ ق.

______________________، *مفاتیح الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی، چـاپ اول، بی‌تا.

قمّی، تقی طباطبـایی، *الغایـة القصـوی فـی التعلیـق علـی العـروة الـوثقی - کتـاب المضـاربة*، تـک جلـدی، قم،انتشارات محلاتی، چاپ اول، ١٤٢٣ ق.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ مشارکت‌ها-صلح*، چاپ پنجم، تهران،کتابخانهٔ گنج دانش، ۱۳۷۹.

__________، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران،شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰.

__________، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۹.

کاشانی، محمود، «نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، پاییز و زمستان، شمارة ٤٢، صص ٦٨-٩. (١٣٨٤).

کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعـد*، قـم - ایـران، مؤسسـه آل‌البیـت علـیهم السـلام، دوم، ١٤١٤ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی* (ط - الإسلامیة)، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.

کیدری، محمد بن حسین، *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم،مؤسسـه امـام صـادق علیـه السـلام، چـاپ اول، ١٤١٦ق.

مامقانی، محمد حسن بن عبد الله، *غایة الامال فی حاشیة المکاسب مع نهایة المقال فی تکملـة غایـه الامـال*، قم، مطبع ثامن‌الحجج (ع)، ١٤٢٣ ق.

ماوردی، علی بن محمـد، *الحـاوی الکبیـر فـی فقـه مـذهب الإمـام الشـافعی وهـو شـرح مختصـر المزنـی*، المحقق،الشیخ علی محمد معوض و الشیخ عادل أحمد عبد الموجود، بیروت، دار الکتب العلمیة، ١٤١٩ ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، قم، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشـی ، ١٤٠٦ ق.

محبوبی، سیدنصرالله، «بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر»، *مجلـة مطالعـات اسـلامی، فقـه و اصول*، سال چهل و پنجم، شمارة پیاپی ٩٤، پاییز، صص ١٤٢-١٢٣. ١٣٩٢.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم، مؤسسـة المطبوعـات الدینیـة، چـاپ ششـم، ۱۴۱۸ ق.

محقق‌داماد، مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامـات در حقـوق اسـلامی*، چـاپ سـوم، تهـران، مرکـز نشـر علوم‌اسلامی. ۱۳۹۳.

______________، *قواعـد فقـه* (بخـش مـدنی،مالکیت و مسـئولیت)، چـاپ چهل‌وچهـارم، تهـران، مرکـز نشـر علوم‌اسلامی، ۱۳۹۳.

مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، ***العناوین الفقهیة***، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

مرداوی، علی‌بن سلیمان، ***الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف***، دار إحیاء التراث العربی، بی‌تا.

مصطفوی، محمدکاظم، ***مأة قاعده فقهیه***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، ١٤٢١ ق.

مطهری، مرتضی، ***مسئلة ربا و بانک***، تهران، انتشارات صدرا، چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۳.

مکارم شیرازی، ناصر، ***القواعد الفقهیة***، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (علیه‌السلام)، چاپ سوم، ١٤١١ ق.

نائینی، محمد حسین، ***منیة الطالب فی حاشیة المکاسب***، تهران - ایران، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.

نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ***رسائل و مسائل*** (للنراقی)، قم، کنگره نراقیین، ملأ مهدی و ملأ احمد، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.

________________، ***عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام***، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

نظرپور، محمدمهدی و خوش‌اخلاق، مهدی، «بررسی فقهی تضمین سرمایه در اوراق مشارکت»، ***فصلنامة علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی***، سال سیزدهم، شمارة ٥٠. (۱۳۹۲).

نوری، حسین بن محمدتقی، ***مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل***، بیروت - لبنان، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.

یزدی، محمد کاظم طباطبایی، ***العروة الوثقی***، بیروت - لبنان، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ١٤٠٩ ق.

________________، ***العروة الوثقی مع التعلیقات***، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، چاپ اول، ١٤٢٨ ق.

________________، ***حاشیة المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٢١ ق.